

# Dottrina

n. 2 - 2016 [5283]

**FABIO GIGLIONI**

## **Semplificazioni e liberalizzazioni: studi, riforme e bilanci**

1. *Premessa.* - Il libro F. Liguori, C. Acocella (a cura di), *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015, arricchisce l'ampio spettro di analisi che negli ultimi anni gli studiosi di diritto amministrativo hanno offerto in materia di semplificazioni e liberalizzazioni e viene pubblicato in un momento importante visto che la recente legge n. 124 del 2015 interviene nuovamente su questo terreno. In questo contesto il volume ha il pregio di presentare un ventaglio molto ampio di settori, alcuni dei quali anche molto originali nel senso di poco indagati come il contratto di disponibilità studiato da Gambardella[1], in cui verificare la trasformazione di alcuni moduli pubblicistici nella direzione della semplificazione e liberalizzazione. Un'ampiezza di casi che dimostra quanto larga sia oramai l'area ricompresa.

Le mie osservazioni si concentrano su quattro punti: il primo concerne la natura delle semplificazioni e delle liberalizzazioni; il secondo riguarda una specifica tecnica di semplificazione recentemente rinnovata, quella del silenzio assenso; il terzo riguarda il rapporto tra queste soluzioni e l'ordinamento europeo; il quarto, infine, intende dare una valutazione complessiva di questi interventi di semplificazione e liberalizzazione.

2. *Natura delle semplificazioni e delle liberalizzazioni.* - Sul primo punto diversi autori del libro si soffermano. Nell'ultimo quarto di secolo le semplificazioni e le liberalizzazioni hanno costituito una costante politica pubblica che ha attraversato tutte le variegate maggioranze politiche che in questi anni si sono alternate, così da venire quasi spontaneo sostenere che la supposta e rinomata frammentazione degli orientamenti politici del contesto italiano trova in questo caso una felice eccezione. In verità, le cose non stanno così e il libro dà la preziosa testimonianza di un'eterogeneità di istituti giuridici che sono compresi in questa apparente politica unitaria, che segnalano approcci molto differenziati. Certo, vi è sempre la tentazione da parte di alcuni di dire che la varietà non sia l'esito di una naturale complessità della realtà giuridica racchiusa nelle politiche di semplificazione e liberalizzazione e che dunque questo rappresenti semmai l'insufficienza della radicalità delle scelte politiche effettuate, ma è ben noto che questa valutazione riflette una posizione preconcepita e ideologica più che la consapevolezza del denso intreccio tra interessi pubblici e interessi privati che la realtà contemporanea manifesta.

Da questo dato consolidato si possono trarre però alcuni elementi costanti che il libro evidenzia. Il primo di questi è che semplificazione e liberalizzazione non sono un'endiadi. La distinzione operata nel libro da Liguori[2] tra liberalizzazione piena e semplificazione a effetto liberalizzante mi pare che colga perfettamente il punto di distinzione tra un'ipotesi che segna la piena derubricazione di un'attività dal diritto pubblico e quella in cui l'attività privata resta sottoposta a un regime amministrativo, sia pure traslato prevalentemente dal momento che precede lo svolgimento dell'attività privata a quello successivo. La collocazione tra le diverse ipotesi dei vari istituti giuridici ricompresi in semplificazioni e liberalizzazioni presuppone tutta una serie di conseguenze che attengono alle situazioni giuridiche soggettive, alla tutela dei terzi e all'esercizio dei poteri

che non può essere trascurata. Da questo punto di vista la permanenza del potere di autotutela nel caso della scia, sia pure rivisto e limitato dopo la l.n. 124 del 2015, continua a destare tutte le perplessità di coerenza con l'istituto che non appaiono per niente risolte, con le incertezze applicative messe in evidenza nel saggio citato di Liguori. Potrebbe essere utile forse percorrere la strada francese, che non assume neppure in via concettuale l'alternatività tra istituti assimilabili alla scia e i procedimenti autorizzatori, ma su questo vi è l'ipoteca dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 15 del 2011, che può essere forse superata solo con una netta scelta legislativa.

L'altro elemento che si trae è che le liberalizzazioni e le semplificazioni non indicano solo una scelta politica. Indubbiamente questa connessione esiste: le liberalizzazioni e le semplificazioni sono prima di tutto una scelta di policy e non una tecnica giuridica. Questo, però, non implica anche che non sia ricavabile dal complesso delle norme che le sostanziano dei principi giuridici che esigono un condizionamento nell'esercizio del giudizio interpretativo. Per esempio, è argomentabile che laddove una pubblica amministrazione si trovi nella condizione di operare una scelta tra diversi istituti di adottare, le politiche di liberalizzazione inducano a stabilire un obbligo di motivazione aggravata qualora la scelta cada sulla soluzione più restrittiva per la libera intrapresa di un'attività privata. Inoltre, le norme di liberalizzazione abilitano all'esercizio del potere di surrogare nella misura in cui una fattispecie, ad esempio un procedimento autorizzatorio, può ritenersi applicabile a più istituti tra loro omogenei, verificate le condizioni concrete di applicabilità. La concatenazione tra la disciplina generale della scia, del silenzio assenso e del silenzio inadempimento contenuta nella legge n. 241 del 1990 rende astrattamente possibile che a una procedura di autorizzazione sia possibile applicare tutte e tre gli istituti, cosicché principi desumibili dai processi di liberalizzazione e semplificazione dovrebbero orientare gli interpreti a favorire sempre l'applicazione dell'istituto meno oneroso per il privato e gradatamente evolvere verso quello più restrittivo. Prescindo ora dalla valutazione che alla base di questo meccanismo sta proprio una delle ragioni più forti dell'insuccesso della scia e delle semplificazioni, ovvero l'alto grado di incertezza; e prescindo anche in questo momento, dall'annotazione che la l. n. 124 del 2015, ripristinando l'originaria impostazione della legge n. 241 del 1990, stabilisce ora la determinazione certa dei procedimenti a cui i diversi istituti si applicano: quello che voglio mettere in evidenza è che dalle semplificazioni e dalle liberalizzazioni è ben possibile ricavare norme che orientano l'interprete e l'operatore giuridico. In conclusione, certamente esse costituiscono i contenuti di certe politiche pubbliche ma non sono irrilevanti dal punto di vista strettamente giuridico.

3. *L'art. 17-bis l. n. 241 del 1990.* - Il secondo punto su cui vorrei soffermarmi riguarda le novità che concernono il silenzio assenso, introdotte dalla legge n. 124 del 2015. La nuova disciplina introduce l'art. 17 bis nella l. 241 del 1990 applicando un istituto generale, quello del silenzio assenso appunto, tra le pubbliche amministrazioni. L'estensione di questa regola dal rapporto pubblica amministrazione-cittadino a rapporti tra pubbliche amministrazioni non costituisce una novità assoluta: la disciplina della Conferenza dei servizi già ammette questa possibilità (art. 14-ter, c. 7, l. n. 241 del 1990) e, perfino, in alcune procedure speciali ma altamente sensibili come l'autorizzazione paesaggistica si trovano simili applicazioni (art. 146, c. 7, cod. beni culturali e paesaggio). Entrambi i casi appena citati, come il nuovo art. 17 bis, si applicano anche alle amministrazioni che curano i c.d. «interessi sensibili», ma con la particolarità di limitarli, però, a specifiche tipologie di procedimento. L'art. 17 bis, invece, esige un'applicazione generale a tutti i procedimenti per i quali è richiesto un atto di assenso da parte di altra amministrazione, finanche - appunto - quella portatrice di «interessi sensibili». Ed è proprio su questo che occorre concentrare le attenzioni, dal momento che la dottrina si è divisa in merito tra chi ha sostenuto che la specialità degli «interessi sensibili», che finora hanno permesso una generale sottrazione agli istituti di semplificazione o comunque un loro trattamento differenziato, fosse infondata mancando di qualunque riferimento costituzionale alla loro diversità[3] e chi, invece, sulla base di una giurisprudenza europea consolidata, ma anche della giurisprudenza costituzionale, ha invece legittimato la specialità di questi interessi assurti a principi giuridici capaci di esprimere una particolare resistenza.

A questo riguardo si condividono alcuni dubbi già sollevati[4]. Innanzitutto, si deve scorgere la parzialità e quindi probabilmente l'illogicità di tale effetto con riguardo alla volontà di cancellare la speciale efficacia degli «interessi sensibili»: se, da un lato, infatti, l'art. 17 bis si accompagna con altre scelte coerenti, come l'abolizione della differenziazione dell'esercizio del potere di autotutela nel caso della scia quando sono in gioco interessi correlati alla tutela dell'ambiente, alla cultura e alla tutela della salute, restano inspiegabilmente in vigore altri istituti, come nella disciplina generale per il rilascio di pareri e valutazioni tecniche, ma ancor di più, perché omogeneo all'istituto in parola, come nel caso dell'art. 20, l. n. 241 del 1990 - sempre riferito al silenzio assenso - che continuano a non trovare applicazione quando quegli stessi interessi sono in gioco. Vi è con evidenza una differenza sostanziale che - si nota appena - rende più rigido l'istituto dell'art. 20 che

concerne il rapporto amministrazione/privati, restringendo proprio per questi ultimi l'applicazione dell'istituto. A ciò non vale l'obiezione che anche per l'art. 17 bis l'applicazione del silenzio assenso per le amministrazioni che tutelano gli interessi sensibili è differenziata da quella ordinaria[5], dal momento che in questi casi il silenzio assenso si applica dopo 90 giorni e non 30, perché resta comunque la differenza di trattamento tra i due istituti altamente omogenei. Si tenga conto peraltro che le cause di inibizione del silenzio assenso nell'art. 20 sono anche più numerose di quelle relative all'art. 17 bis.

Ma, soprattutto, il nuovo istituto sembra contrastare apertamente con la giurisprudenza europea che, da molto tempo, ha consolidato un orientamento secondo il quale nella tutela dell'ambiente si richiede il pronunciamento esplicito dell'amministrazione chiamata a salvaguardarlo che testimoni la conduzione di un'istruttoria con le relative valutazioni effettuate. Tale orientamento è stato sempre costante, sicché si deve desumere che la nuova disciplina contenga una vera e propria contraddizione quando nel quarto comma si conclude che le disposizioni dell'articolo non si applicano nei casi in cui l'UE esige provvedimenti espressi, perché questo è appunto ribadito in via generale quando si tratti di procedimenti predisposti alla tutela dell'ambiente. Ciò indubbiamente alimenta qualche incertezza interpretativa, anche con riferimento all'estensione del quarto comma. Si pensi, ad esempio, alla tutela paesaggistica, rientra o no in quella ambientale, astrattamente inoperante secondo l'art. 17 bis?

Anche la corte costituzionale ha fatto della tutela ambientale un principio di carattere generale capace dunque di rendere inoperante il silenzio assenso, così da rendere la disciplina anche di dubbia compatibilità costituzionale[6].

**4. Rapporti con l'UE.** - Il terzo punto concerne - appunto - proprio l'UE. È normalmente ritenuto che dietro le politiche di liberalizzazione, ma anche dietro quelle di semplificazione, vi sia la spinta dell'ordinamento europeo, adombrando con ciò un altro argomento: l'obbligatorietà dell'utilizzo di tali strumenti. Ciò è molto evidente se si volge lo sguardo ad alcuni settori come è il caso dei servizi di interesse economico generale, ma si può anche ritenere che la direttiva 2006/123/CE ha generalizzato l'utilizzo delle tecniche che, riprendendo la definizione prima richiamata, utilizza le semplificazioni a effetto liberalizzante.

Tuttavia, colgo questa occasione per svolgere qualche considerazione ulteriore che va in controtendenza perché, in verità, l'UE non si atteggia sempre allo stesso modo con riferimento agli istituti di semplificazione e liberalizzazione. Il caso prima riferito relativo all'applicazione del silenzio assenso ci dimostra che il richiamo astratto al diritto europeo per legittimare le scelte di semplificazione o liberalizzazione non trova fondamento. Guardando ad altri casi si vede, ad esempio, che l'esito referendario sui servizi pubblici locali ha fatto riscoprire il principio della libertà organizzativa dei pubblici servizi da parte degli stati membri e degli enti territoriali substatali, sancito dall'art. 14 TFUE, così da ammettere in sede europea la piena alternatività tra autoproduzione e affidamento a terzi, sia pure quest'ultimo condizionato dai principi di trasparenza e non discriminazione. Similmente le ultime direttive sui contratti pubblici hanno operato un deciso investimento sulla discrezionalità delle pubbliche amministrazioni nell'organizzare servizi e nell'approvvigionamento di beni e servizi, che esclude l'adozione di soluzioni predeterminate. Addirittura, il diritto europeo ha fatto riscoprire le autorizzazioni contingentate in alcuni specifici settori: la disciplina delle quote di emissione di anidride carbonica e quella delle radiofrequenze sono alcuni campi emblematici. In merito è di prossima uscita uno studio coordinato dall'Università di Leiden[7], ancorché - beninteso - la riproposizione del tema delle autorizzazioni contingentate è affrontato in sede europea in modo diverso da quello che la tradizione giuridica nazionale ci ha insegnato. Ma gli esempi qui ricordati ci dimostrano che le politiche di liberalizzazioni e di semplificazione attengono pur sempre alla dimensione della discrezionalità politica e non delle scelte obbligate; l'UE, a questo riguardo, può talvolta essere utilizzata a sostegno di queste scelte, altre volte offre opzioni più ampie non necessitate. Penso che questo profilo negli studi, oramai notevoli sulle semplificazioni e liberalizzazioni, sia un po' sottovalutato.

**5. Bilanci.** - L'ultimo punto che vorrei toccare è collegato alla questione appena accennata. A dispetto di un indirizzo politico amministrativo così stabile e consolidato che dura da un quarto di secolo, è generale la convinzione che i risultati ricondotti a queste politiche sia modesto sul piano pratico e abbia condotto a numerosi dubbi interpretativi che il libro che oggi presentiamo ben rappresenta. Tale esito, a mio avviso, merita una valutazione approfondita. Le politiche di cui stiamo parlando hanno in verità due finalità diverse: da un lato, quella che qui si è considerato maggiormente, ovvero rappresentano un'occasione di stimolo economico per sostenere l'imprenditoria privata assumendo che la pubblica amministrazione sia un costo, dall'altro la semplificazione appare uno strumento per restituire efficienza all'amministrazione, uno strumento dunque che consenta alle amministrazioni di governare meglio gli interessi pubblici che devono curare. La prevalenza della prima finalità sulla seconda non riflette solo una scelta dei curatori del libro ma è nella realtà: le semplificazioni e le liberalizzazioni sono state vissute principalmente come una leva di carattere economico.

per rilanciare l'economia. I risultati, come si diceva, sono modesti. È forse possibile sostenere che alla base di questo risultato vi sia proprio la sottovalutazione di quella che possiamo definire la "doppia anima" delle semplificazioni. E così non sorprendono le recenti conclusioni di uno studio, illustrate da Aldo Travi[8], secondo cui in Italia, così come anche in altri paesi europei, le politiche di semplificazione ci consegnano più amministrazione e non meno amministrazione e questo risultato è tanto più acuito quanto più si è tentato di fare delle semplificazioni non delle regole eccezionali rispetto alle regole ordinarie, ma si è preteso di renderle anch'esse ordinarie.

Ciò ha dato alle amministrazioni un potere maggiore di selezione dei procedimenti, determinando quale regola generale applicare, di semplificazione od ordinaria, aumentando il potere dell'amministrazione e non diminuendolo. In questo senso, la legge n. 124 si distingue dagli ultimi approcci di semplificazione perché sceglie una strada più pragmatica. Non introduce nuovi istituti di semplificazione, corregge quelli che già ci sono e, soprattutto, proprio per quanto riguarda la scia e il silenzio assenso privilegia una strada che consolida la certezza giuridica, attraverso la previsione di decreti che individuino i procedimenti cui applicare i diversi istituti. Ma anche così posti la sottolineatura appena evidenziata non viene meno, perché non sarà difficile immaginare che il potere discrezionale delle pubbliche amministrazioni di scegliere quale regola generale applicare nei casi concreti si tramuti in un potere di contrattazione da esercitare nei confronti delle altre amministrazioni per dare luogo ai decreti menzionati[9].

In conclusione chi su liberalizzazioni e semplificazioni carica eccessive aspettative è destinato a rimanere deluso, né questa delusione può essere compensata dalla consolazione che queste politiche siano obbligate. Le semplificazioni, anche quando giungono alla soluzione estrema di liberalizzazione, rappresentano un'esigenza di ridisegno degli interessi pubblici e delle tecniche di governo: le amministrazioni non sono destinate a scomparire. Questo dato è essenziale per calibrare meglio le aspettative su queste politiche e per non ricercare soluzioni che, dimenticando questo dato essenziale, finiscono per dare esiti contraddittori.

\*Relazione esposta alla Tavola rotonda organizzata all'Università degli studi di Napoli Federico II il 22 gennaio 2016, avente come titolo Semplificare e liberalizzare. Amministrazione e cittadini dopo la legge 124 del 2015. In occasione di tale incontro è stato presentato anche il volume: F. Liguori, C. Acocella (a cura di), Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo, Napoli, Editoriale scientifica, 2015.

[1] F. Gambardella, Partenariato pubblico-privato e profili di liberalizzazione: il contratto di disponibilità, in F. Liguori, C. Acocella (a cura di), Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo, Napoli, Editoriale scientifica, 2015, 129 ss.

[2] F. Liguori, L'accesso al mercato: dal controllo ex ante al controllo ex post, in F. Liguori, C. Acocella (a cura di), Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo, Napoli, Editoriale scientifica, 2015, 27-28.

[3] Cfr. G. Corso, F. Teresi, Procedimento amministrativo e accesso ai documenti. Commento alla legge 7 agosto 1990 n. 241, Rimini, Maggioli, 1991, 108.

[4] Si veda F. De Leonardis, Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17 bis introdotto dalla cd. riforma Madia, in Federalismi.it, 20/2015.

[5] Cfr. G. Vesperini, La riforma della pubblica amministrazione - Le norme generali sulla semplificazione, in Gior. dir amm., 2015, 629 ss.

[6] Si veda Corte cost., 18 luglio 2014, n. 209.

[7] Si tratta dello studio a cura di P. Adriansee, F. van Ommeren, W. den Ouden, J. Wolswinkel, intitolato Scarcity and the State. The Allocation of Limited Rights by the Administration, Intersentia, in corso di pubblicazione.

pubblicazione.

[8] Relazione di Aldo Travi, La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica, presentata a Perugia, il 15 gennaio 2016, in occasione della presentazione dei risultati della ricerca PRIN Istituzioni democratiche e amministrazioni d'Europa: coesione e innovazione al tempo della crisi economica.

[9] Ibidem.









































































































